Tweede Kamer der Staten-Generaal 2

Vergaderjaar 2014–2015

33 994 Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude)

Nr. 6 NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 28 april 2015

Met belangstelling heb ik kennisgenomen van het verslag. Het verheugt me dat de leden van de verschillende fracties positief staan tegenover het voorstel en de doelstelling daarvan onderschrijven. De vragen en opmerkingen over en naar aanleiding van het voorstel geven mij de gelegenheid om de strekking en de inhoud nader te verduidelijken. Waar dit zinvol voorkomt, zullen de vragen van verschillende fracties over hetzelfde onderwerp of met elkaar samenhangende onderwerpen gezamenlijk worden beantwoord, dan wel zal worden verwezen naar eerder gegeven antwoorden op gelijkluidende vragen.

1. Inleiding

Het strekt tot genoegen dat de leden van de VVD-fractie aangaven met interesse en met een positieve grondhouding het wetsvoorstel te hebben bestudeerd. Zij memoreerden dat het wetsvoorstel onderdeel is van het wetgevingsprogramma «Herijking van het faillissementsrecht», dat bestaat uit drie pijlers. De pijler waarvan dit voorstel deel uitmaakt is gewijd aan fraudebestrijding. De fraudebestrijdingspijler omvat verder het wetsvoorstel inzake het instellen van een civielrechtelijk bestuursverbod (Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 2), en het concept-wetsvoorstel tot versterking van de positie van de curator dat inmiddels aan de Raad van State is gezonden voor advies. De leden van de VVD-fractie onderschreven ook de ambitie van het kabinet om het faillissementsrecht over de gehele linie te moderniseren. Doelstelling is, zoals zij het treffend uitdrukten, om de belangrijkste onderdelen van het faillissementsrecht en de daarop gebaseerde praktijk weer van een adequate regeling te voorzien.

De leden van de VVD-fractie verwoordden in heldere termen de noodzaak om faillissementsfraude krachtig aan te pakken. Faillissementsfraude heeft zoals zij stelden een ontwrichtende werking op de economie, leidt ertoe dat consumenten hun vertrouwen verliezen en levert in brede zin maatschappelijke schade op. Die schade is ook in financieel opzicht aanzienlijk. Het openbaar ministerie heeft de maatschappelijke schade van

kst-33994-6
ISSN 0921 - 7371
’s-Gravenhage 2015

het plegen van faillissementsfraude in 2013 geschat op 1,28 miljard euro per jaar. Zoals de leden van de VVD-fractie aangaven circuleren er nog andere schattingen van de schade als gevolg van frauduleuze faillissementen. Verschillen in genoemde schadebedragen zijn grotendeels het resultaat van een verschillende schatting van het aantal frauduleuze faillissementen dat plaatsvindt. Het aantal faillissementen waarbij enigerlei vorm van fraude is gepleegd staat immers niet vast: aangenomen moet worden dat fraude niet in alle gevallen wordt ontdekt. Een van de factoren die daarbij een rol speelt is bijvoorbeeld het gegeven dat bij een faillissement niet zelden een deugdelijke administratie ontbreekt, waardoor het moeilijker is om fraude vast te stellen. Voor de onderbouwing van de noodzaak van de inhoud van het wetsvoorstel noch voor het sturen van een evenwichtige uitvoering van het wetsvoorstel, is het nodig om te beschikken over een exacte meting van de schade van faillissementsfraude. Dat faillissementsfraude grote schade oplevert – zowel in de publieke sector als in de private sector – staat immers buiten discussie. De noodzaak om te komen tot een herziening van de strafbaarstelling van faillissementsfraude is gebleken uit een analyse van de knelpunten die zich in de praktijk voordoen in de signalering, opsporing en vervolging van faillissementsfraude (zie o.a. C.M. Hilverda, De bestrijding van faillissementsfraude, waar een wil is... (oratie Nijmegen), Kluwer, Deventer 2012, p. 9–24). Het wetsvoorstel wil de wettelijke mogelijkheden tot bestrijding van faillissementsfraude verbeteren – zowel door herijking en aanscherping van de strafbepalingen, als door te voorzien in voldoende opsporingsbevoegdheden. Daarbij teken ik aan dat resultaten op het punt van de bestrijding van faillissementsfraude alleen kunnen worden geboekt, wanneer naast een effectief wettelijk instrumentarium ook over voldoende capaciteit kan worden beschikt om de bestrijding van fraude ter hand te nemen. Om beter zicht te krijgen op fraudezaken die strafrechtelijk worden afgedaan, ontwikkelt het openbaar ministerie een fraudemonitor. Deze monitor zal cijfers en kwalitatieve informatie bevatten over de hoofdthema's uit de Rijksbrede aanpak fraude en de belangrijkste vormen van fraude tussen burgers en bedrijven, waaronder faillissementsfraude (Kamerstukken II 2013/14, 17 050, nr. 496, blz. 15). Over de aanpak van horizontale fraude zijn in de Veiligheidsagenda 2015–2018 kwantitatieve afspraken gemaakt tussen het openbaar ministerie, de politie en de regioburgemeesters.

De regering deelt de visie van de leden van de VVD-fractie waar het gaat om de eigen verantwoordelijkheid van bedrijven en burgers om zoveel mogelijk te voorkomen dat men slachtoffer wordt van faillissementsfraude. Van burgers en bedrijven mag worden verwacht dat zij zich vooraf informeren over de bedrijven waarmee ze zaken doen. Het raadplegen van het handelsregister bij de Kamer van Koophandel kan daarbij van nut zijn, maar bijvoorbeeld ook enig zoekwerk op het internet. Teneinde te voorkomen dat men slachtoffer wordt van een faillissement van een leverancier of klant zijn uiteraard ook andere aspecten van belang, zoals adequaat handelen op het moment dat een betalingsachterstand dreigt te ontstaan. Maar we moeten tegelijkertijd ook ervan uitgaan dat veel faillissementen, zeker voor burgers, niet zijn te voorzien of te voorkomen. Het is in zekere zin onvermijdelijk, en inherent aan het economische verkeer, dat bedrijven of consumenten op enig moment gedupeerd kunnen raken door een faillissement. Het is echter buitengewoon laakbaar als die schade het gevolg is van of gepaard gaat met fraude, en daartegen moet hard worden opgetreden.
Het handelsregister is een van de bronnen die burgers en ondernemers kunnen raadplegen om te weten met wie zaken wordt gedaan. Bijvoorbeeld voor vragen hoe lang het bedrijf al bestaat en wie de bestuurders zijn. Daarnaast is openbare informatie te vinden op het internet. De bepalingen met betrekking tot de opgaveplicht van actuele handelsinfor-

matie zijn in regelgeving opgenomen. Dat is in de meeste gevallen de opgave door de ondernemer zelf. In het handelsregister is of wordt geen informatie opgenomen over een betalingsachterstand of betalingsuitstel. Voor de uitbreiding met aandeelhoudersinformatie voor het centraal aandeelhoudersregister is het de bedoeling dat de notaris in vervolg deze opgave aan de Kamer van Koophandel doet.

Het verheugt mij dat de leden van de PvdA-fractie aangaven met instemming te hebben kennisgenomen van het wetsvoorstel. Zij gaven aan een groot voorstander te zijn van een effectieve aanpak van faillissementsfraude en zagen het wetsvoorstel als een belangrijke verdere stap daarin. In hun ogen kan ook het aangekondigde wetsvoorstel met betrekking tot het invoeren van een centraal aandeelhoudersregister voor met name besloten vennootschappen een rol spelen bij het voorkomen van faillissementsfraude. Mijn ambtgenoot van Economische Zaken en mijn ambtsvoorganger hebben een internetconsultatie gehouden over een ontwerp van het wijzigingsvoorstel van de Handelsregisterwet. Het voorstel regelt onder andere de instelling van het centraal aandeelhoudersregister en het beheer door de Kamer van Koophandel. De Tweede Kamer zal door de Minister van Economische Zaken, de Minister van Financiën en mij voor het zomerreces nader worden geïnformeerd over het vervolg, dan wel de indiening van dat wetsvoorstel.

De leden van de SP-fractie hadden met belangstelling kennisgenomen van voorliggend wetsvoorstel. Dat zij hierin een verbetering zagen ten opzichte van de huidige wetgeving, schept voldoening. Deze leden waren van oordeel dat een curator voldoende bevoegdheden moet hebben om faillissementsfraude te kunnen signaleren. Zij informeerden of de curator extra financiële middelen krijgt om die bevoegdheden uit te oefenen. Ik wijs deze leden graag op de verschillende bestaande regelingen (ingesteld door het Ministerie van Veiligheid en Justitie en door het Ministerie van Financiën) voor tegemoetkoming in de kosten of garantstelling. Signalering van eventuele onregelmatigheden behoort nu al tot werkzaamheden die de curator verricht bij het beheer en vereffening van de boedel. Daar waar versterking van de fraude-signalerende rol van de curator op grond van onder andere het concept-wetsvoorstel versterking positie curator na melding van het signaal van fraude, ook leidt tot het doen van aangifte, kunnen curatoren, als de boedel deze kosten niet dekt, een beroep doen op de bestaande vergoedingsregeling voor het doen van aangifte van failissementsfraude bij de FIOD. Over de toepassing van de Garantstellingsregeling vindt overleg met Insolad en Recofa plaats het oog op de implementatie van faillisementswetgeving en het inzichtelijk krijgen van mogelijke financieringsbehoeften die niet gedekt kunnen worden door een beroep op bestaande regelingen.

Deze leden onderstreepten verder terecht het belang van voldoende capaciteit bij politie en openbaar ministerie om faillissementsfraude op te sporen. Het kabinet bewerkstelligt dat er voldoende capaciteit is voor de aanpak van faillissementsfraude door enerzijds de beschikbare capaciteit om financieel-economische criminaliteit aan te pakken te vergroten en anderzijds faillissementsfraude aan te merken als prioriteit in de Rijksbrede aanpak fraude. In dat kader zijn inmiddels ook afspraken tot stand gekomen over aantallen op te sporen zaken. Vanaf dit jaar zal de politie jaarlijks meer zaken van horizontale fraude – waaronder faillissementsfraude valt – oppakken: van 1.500 per jaar thans tot 2.300 zaken in 2018. Het is van belang dat faillissementsfraude adequaat wordt aangepakt. De door de politie ontwikkelde en gehanteerde Leidraad eenvoudige faillissementsfraude biedt daarbij steun. Eenvoudige zaken kunnen worden afgedaan op het niveau van basisrecherche of regionale recherche, al dan niet met ondersteuning van financiële expertise, onder

leiding van de arrondissementsparketten. Voor zware en complexe zaken hebben het Functioneel Parket van het openbaar ministerie en de FIOD inmiddels een landelijk selectieoverleg opgericht.

De leden van de SP-fractie vroegen of de Wet bestuurdersaansprakelijkheid knelpunten kent om bestuurders en commissarissen in geval van faillissement aan te spreken voor mogelijk laakbaar gedrag. In geval van faillissement zijn bestuurders en commissarissen hoofdelijk aansprakelijk jegens de boedel, indien het bestuur dan wel de raad van commissarissen zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (artikelen 50a, 138, 149, 248, 259 en 300a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek). Dit zal ook gaan gelden voor bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan van niet-commerciële verenigingen en stichtingen. Hiertoe is het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen in voorbereiding.

De leden van de CDA-fractie hadden met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel. Tot mijn genoegen onderschreven zij het voornemen van de regering om faillissementsfraude op een effectieve wijze te bestrijden. Zij waren van mening dat strafbaarstellingen hiertoe geen doel op zich zijn, maar dat helder geformuleerde strafbaarstellingen wel bijdragen aan een betere opsporing en vervolging van faillissementsfraude. Deze leden misten evenwel een nadere uiteenzetting van de veronderstelde maatschappelijke impact die fraude heeft. Daarbij wezen zij op eerder onderzoek van het WODC en het CBS in het kader van het onderzoek «Preventieve maatregelen horizontale fraude» (in 2010). Er is inderdaad helaas geen recenter onderzoek naar de maatschappelijke schade van fraude voorhanden.
De aan het woord zijnde leden kan ik antwoorden dat CBS-cijfers over het aantal uitgesproken faillissementen en cijfers van het openbaar ministerie over het aantal ingestroomde strafzaken, over de afgelopen vijf jaar het volgende beeld geven:

	Aantal uitgesproken faillissementen	Aantal bij OM ingestroomde zaken
2010	9.565	82
2011	9.531	48
2012	11.235	116
2013	12.306	130
2014	9.655	175

Bij de weergegeven cijfers van het openbaar ministerie moet worden aangetekend dat het genoemde aantal bij het openbaar ministerie per jaar ingestroomde nieuwe zaken betrekking heeft op het aantal verdachten. Het aantal faillissementen waarin deze verdachten – bijvoorbeeld met betrekking tot de cijfers voor 2014 – fraude hebben gepleegd is hoger; circa 320. Voorts betreffen de cijfers slechts de misdrijven van de artikelen 194 en 340 tot en met 344 Sr. Echter is het in de praktijk bekend, dat zaken van faillissementsfraude ook regelmatig worden vervolgd op grond van meer algemene misdrijven als fiscale fraude, valsheid in geschrift of oplichting (flessentrekkerij). Bij de registratie van deze algemene misdrijven wordt helaas niet apart bijgehouden of het om zaken van faillissementsfraude gaat.
De vraag die deze leden stelden over de correlatie met betrekking tot het aantal geregistreerde gevallen van faillissementsfraude, is om meerdere redenen moeilijk te beantwoorden. Zo duurt het bij de meeste faillissementen enige tijd (van enkele maanden tot soms meerdere jaren) voordat een faillissement is afgehandeld. Doorgaans zal de curator pas naarmate de afhandeling vordert voldoende de gang van zaken rond het faillissement in kaart kunnen brengen om te kunnen beoordelen of er sprake is

geweest van frauduleus handelen en of aangifte moet worden gedaan van een strafbaar feit. Met andere woorden, er is sprake van een zeker tijdsverloop tussen de cijfers inzake uitgesproken faillissementen en cijfers met betrekking tot strafrechtelijke vervolging wegens misdrijven van faillissementsfraude. Om betrouwbare uitspraken te kunnen doen over de correlatie, zou daarom uitgebreider onderzoek moeten worden verricht. De waar te nemen stijging in het aantal bij het openbaar ministerie ingeschreven zaken kan bovendien ook zijn veroorzaakt door het toekennen van meer prioriteit aan de opsporing en vervolging van faillissementsfraude.

De leden van de CDA-fractie hadden voorts met interesse kennisgenomen van de twee andere pijlers van het wetgevingsprogramma tot versterking van het faillissementsrecht. Voor een toelichting op de stand van zaken van de verschillende wetsvoorstellen die onderdeel vormen van de andere pijlers van het wetgevingsprogramma verwijs ik hen graag naar het meest recente voortgangsbericht over het wetgevingsprogramma, opgenomen in de brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 9 december 2014 (Kamerstukken II 2014/15, 33 695, nr. 7). De gemeenschappelijke doelstellingen van een moderner faillissementsrecht en effectieve fraudebestrijding vormen de samenhang tussen de verschillende van het programma deel uitmakende wetsvoorstellen. De door deze leden gegeven beschrijving van de oorsprong van het misdrijf bankroet is treffend. De wijze waarop in vroegere tijden malafide ondernemers werden uitgesloten van deelneming aan het handelsverkeer spreekt niet alleen in historisch perspectief tot de verbeelding – in het kader van het wetgevingsprogramma bespeur ik ook enige gelijkenis met het voorstel tot invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod.

De aan het woord zijnde leden van de CDA-fractie hadden nog vragen over de beantwoording door de regering van de door deze leden gestelde vragen over de doorstart van het crèchebedrijf Estro (Kamerstukken II 2013/14, aanhangsel Handelingen, nr. 2903). Zij vroegen om een nader oordeel over deze doorstart en andere aspecten van de Estro-casus. Op die vraag kan ik helaas niet ingaan. Het is staand beleid dat de regering zich onthoudt van commentaar op individuele zaken die ter beoordeling voorliggen aan de onafhankelijke rechter, zoals in de Estro-zaak het geval is. Het feit dat de regering geen oordeel geeft over deze zaak hangt derhalve niet samen met de ontwikkeling dat in een aantal arrondissementen soms reeds een stille bewindvoerder wordt ingezet en een pre-pack constructie wordt gebruikt. Die ontwikkeling beschouw ik overigens wel als een signaal dat de praktijk van het faillissementsrecht steeds minder wordt gereflecteerd door het vigerende wettelijke kader en dat in die zin een modernisering van de Faillissementswet als beoogd met het wetgevingsprogramma hard nodig is.

Deze leden merkten verder nog op dat in de memorie van toelichting is aangegeven dat een herstructureringsoperatie kan worden uitgesloten als «onredelijke handeling» in de zin van het in het voorgestelde nieuwe artikel 347, eerste lid, Sr opgenomen bestanddeel «buitensporig middelen van de rechtspersoon heeft verbruikt, uitgegeven of vervreemd». Ik kan dit als volgt verduidelijken. Artikel 347 Sr wil frauduleuze handelingen strafbaar stellen, zonder dat het formeel tot een faillissement is gekomen. In de delictsomschrijving is voorts tot uitdrukking gebracht dat de strafbepaling ziet op het veroorzaken van een situatie die het voortbestaan van een rechtspersoon in gevaar brengt. Dat lijkt zich over het algemeen niet voor te doen bij een de herstructureringsoperatie waarmee een rechtspersoon – zonder dat het tot een faillissement komt – wordt gered, nadat haar voortbestaan in gevaar is gekomen. Bovendien geldt als criterium dat volstrekt onredelijk moet zijn gehandeld, in de zin van

handelen dat in het kader van goed ondernemerschap onverklaarbaar is. Daarvan zal sprake zijn bij verkwisting of het zonder economisch verklaarbare aanleiding het merendeel van het vermogen van een rechtspersoon vervreemden, waardoor (dit is een aanvullend vereiste in verband van de strafbaarstelling) het voortbestaan van die rechtspersoon in gevaar komt.

Ook de leden van de PVV-fractie gaven aan met belangstelling te hebben kennis genomen van het wetsvoorstel. Graag zal ik in het hiernavolgende de vragen die deze leden stelden zo volledig mogelijk beantwoorden.

2. Adviezen inzake het wetsvoorstel

Zoals de leden van de VVD-fractie benadrukten hangt het voorliggende wetsvoorstel nauw samen met andere wetsvoorstellen die deel uitmaken van de fraudepijler van het wetgevingsprogramma. Tezamen zorgen de voorstellen voor een effectiever instrumentarium om faillissementsfraude aan te pakken. Zo voorziet het concept-wetsvoorstel versterking positie curator bijvoorbeeld in enkele uitbreidingen van de inlichtingenplicht ten opzichte van de curator. Deze verplichtingen worden gesanctioneerd door het in dit wetsvoorstel opgenomen gewijzigde artikel 194 Sr. Een ander aspect van samenhang betreft de opdracht die in het concept-wetsvoorstel versterking positie curator wordt gegeven aan de curator om actief signalen van fraude te melden. Dit kan bijvoorbeeld gaan om het ontbreken van een deugdelijke administratie in het faillissement, waarvoor dit wetsvoorstel in een nieuwe, toegesneden strafbaarstelling van het verzuimen van de administratieplicht voorziet. Zo ontstaat een juridische infrastructuur die voorkomt dat signalen van fraude onbeantwoord blijven. Het wetsvoorstel versterking positie curator is als hierboven reeds vermeld onlangs voor advies voorgelegd aan de Raad van State.

In antwoord op de vraag van deze leden naar de capaciteit die voor het specialisme financieel-economische expertise die bij de Nationale Politie reeds beschikbaar is, kan ik melden dat die op dit moment rond de 840 fte ligt. Dit voorjaar start een werving voor FinEc-rechercheurs waarbij naar verwachting 130 fte HBO+ functies ingevuld kunnen gaan worden. Deze uitbreiding gaat in beginsel niet ten koste van bepaalde andere specialismen of capaciteit, zo beantwoord ik een volgende vraag van deze leden, en die eveneens werd gesteld door leden van de fracties van het CDA en de PVV. Ik voeg daaraan toe – dit naar aanleiding van een volgende vraag die de leden van de CDA-fractie stelden – dat de vergroting van de financieel-economische expertise plaatsvindt binnen de bestaande recherchecapaciteit van de Nationale Politie; hetgeen overigens niet betekent dat ter invulling van die capaciteit niet ook financiële experts van de buiten de politieorganisatie worden geworven. Met uw Kamer heeft het kabinet een operationele sterkte voor de Nationale Politie van 49.500 fte afgesproken. Het inrichtingsplan van de Nationale Politie is daarop gebaseerd. Met die sterkte moet de politie al haar taken aankunnen en flexibel kunnen inspelen op ontwikkelingen in de criminaliteit en daaruit volgende prioriteitstelling.
De ervaringen met de spreekuren faillissementsfraude die de rechters-commissarissen in faillissementszaken bij verschillende rechtbanken organiseren voor curatoren zijn positief, zo beantwoord ik een volgende vraag die de leden van de VVD-fractie stelden. Uitwisseling van kennis leidt volgens degenen die betrokken zijn bij de spreekuren – de rechter-commissaris in faillissementszaken, de belastingdienst, het openbaar ministerie en opsporingsdiensten – ertoe dat de curator in geval van het vermoeden van een misstand een adequate reactie kan kiezen. Ook kan hij een betere inschatting maken welke zaken in aanmerking komen voor een

aangifte van strafbare feiten. Op basis van de positieve ervaringen wordt op het moment bezien in welke arrondissementen deze spreekuren faillissementsfraude nog meer zouden kunnen worden ingevoerd.

De leden van de SP-fractie waren benieuwd of een bestuurder of commissaris, die al voor het faillissement uit dienst is getreden, toch een civielrechtelijk bestuursverbod opgelegd kon krijgen. Op grond van het voorgestelde artikel 106a Fw kan een civielrechtelijk bestuursverbod, op vordering van de curator of het openbaar ministerie, nadrukkelijk ook aan gewezen bestuurders worden opgelegd. Bij gebreke daarvan zou een malafide bestuurder zich immers aan alle verantwoordelijkheden kunnen onttrekken door bewust in het zicht van een faillissement te defungeren. De vijf gronden waarop een civielrechtelijk bestuursverbod kan worden opgelegd staan limitatief opgesomd in artikel 106a, eerste lid, Fw: bij aansprakelijkheid op grond van de artikelen 138 of 248 van Boek 2 BW, paulianeus handelen, repeterende faillissementen, ernstige verzaking van de inlichtingen- en medewerkingsplichten jegens de curator en de oplegging van fiscale verzuimboeten. Het betreft hier niet per se strafbare gedragingen. Is daarvan sprake, dan komt de ontzetting uit een beroep, als bedoeld in artikel 28, eerste lid, Sr in beeld.

De leden van de CDA-fractie wezen erop dat in nagenoeg alle adviezen aandacht werd gevraagd voor het vermeende gebrek aan deskundigheid, capaciteit en prioriteit voor de aanpak van faillissementsfraude. De bewering van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) die deze leden aanhaalden, dat zaken met een belang van minder dan 100.000 euro niet door het OM in behandeling zouden worden genomen ondanks eventuele aanwijzingen van frauduleus handelen, lijkt mij onjuist. Mogelijk is deze misvatting het gevolg van het feit dat in de OM aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude het schadebedrag van € 100.000 is aangegeven als indicator om te bepalen of een zaak de categorisering zware of complexe zaak verdient en op die grond in beginsel door de FIOD zal worden behandeld. Meer algemeen geldt dat er bij curatoren en andere betrokkenen vaak een negatief beeld valt te bespeuren van de aanpak van faillissementsfraude. In het verleden werd aan de aanpak van faillissementsfraude op basis van – door kabinet en Kamer bepaalde – prioriteiten inderdaad een minder groot belang toegedicht dan aan andere strafbare feiten. Daarin is verandering gekomen. Niet alleen voor faillissementsfraude, maar voor alle vormen van financieel-economische criminaliteit geldt dat de samenleving zich meer bewust is geworden van de ernst van de misdrijven en de schade die zij kunnen aanrichten. Witwassen, omkoping en fraude zijn speerpunten geworden van de criminaliteitsbestrijding in Nederland. Daarbij kan worden gebouwd – zo wil ik graag een andere vraag van de leden van de CDA-fractie beantwoorden – op de financiële expertise binnen politie, bijzondere opsporingsdiensten en openbaar ministerie, die eerder als uitvloeisel van de lagere prioriteitstelling een heel stuk minder was, maar thans al enige jaren structureel groeit. Ik voeg daaraan toe dat over de resultaten van de bestrijding van financieel-economische criminaliteit – naar aanleiding van het beter monitoren van de resultaten – naar het oordeel van het kabinet ook verantwoording zal kunnen en moeten worden afgelegd.
De aangehaalde bewering van de NOvA zal naar mij voorkomt in ieder geval zeker niet betrekking kunnen hebben op de afgelopen twee jaar, waarin een begin is gemaakt met intensivering van de aanpak van faillissementsfraude. Onderstaand overzicht kan dit illustreren – het betreft wederom misdrijven van faillissementsfraude bij het openbaar ministerie ingeschreven onder de artikelen 194 en 340 tot en met 344 Sr:

	Zaken afgedaan	Afdoening OM	Afdoening rechter	Strafoplegging door rechter
2012	95	34	61	55
2013	122	32	90	76
2014	155	50	105	84 (+ 7 gevoegd)

Ik beschik helaas niet over gegevens over de hoogte van de bedragen die zijn teruggevorderd welke door frauduleus handelen aan het handelsverkeer waren onttrokken.

Graag verduidelijk ik de leden van de CDA-fractie dat in de memorie van toelichting twee verwachtingen over het effect van het wetsvoorstel op de capaciteit voor de aanpak van faillissementsfraude zijn uitgesproken. De eerste verwachting is dat op grond van de effectievere strafbepalingen (vereenvoudigd, verbeterd, reikwijdte verruimd) opsporingsdiensten met minder moeite bewijsmateriaal kunnen verzamelen van faillissementsfraude. De tweede verwachting betreft – in lijn met hetgeen deze leden voor ogen staat – het feit dat het geven van meer prioriteit aan de bestrijding van faillissementsfraude leidt tot meer zaken. Dit lijkt mij niet meer dan logisch en duidt in mijn ogen niet op een onderschatting van de problematiek van faillissementsfraude.

Ik kan geen uitspraken doen over het aantal fte's bij politie en FIOD dat zich precies bezighoudt met de opsporing van faillissementsfraude. Voor zowel de politie als de FIOD geldt dat het niet gaat om opsporingsteams die exclusief zijn gekoppeld aan faillissementsfraude, maar om recherchecapaciteit – op verschillende niveaus – die onder andere onderzoek naar zaken van faillissementsfraude verricht naast andere zaken van financieel-economische criminaliteit. De onderzoeken van de politie naar faillissementsfraude vinden plaats onder leiding van de arrondissementsparketten van het openbaar ministerie. Onderzoeken van de FIOD vinden plaats onder leiding van het Functioneel Parket, dat voldoende capaciteit voor sturing van deze FIOD-onderzoeken heeft, alsmede voor de vervolging van strafzaken die daaruit voortkomen. Het openbaar ministerie en de FIOD hebben daartoe een handhavingsarrangement faillissementsfraude opgesteld.

In antwoord op een vraag van de leden van de CDA-fractie naar de specialisatie van rechters op financieel-economisch terrein, wil ik allereerst wijzen op het uitvoerige cursusaanbod van het Studiecentrum rechtspleging voor rechters en officieren van justitie. Het betreft cursussen op een verschillend kennisniveau (zoals cursussen financieel rechercheren, commune fraude, risk management, faillissementsfraude, en zelfs een master fraude). Voorts is de rechtspraak gespecialiseerd in de vorm van de economische kamers die bij elk gerecht bestaan, en die een groot deel van de financieel-economische strafzaken behandelen. Ter ondersteuning hebben de gerechtshoven ook expertisecentra ingericht, die zich richten op het vergaren en ter beschikking stellen van kennis over verschillende vormen van financieel-economische criminaliteit.

De leden van de PVV-fractie vroegen op welke wijze de aangiftebereidheid van de curator verhoogd gaat worden. Van de curator mag worden verwacht dat hij naast afhandeling van de boedel ook oog heeft voor eventueel gepleegde strafbare feiten. In het wetsvoorstel versterking positie curator wordt geëxpliciteerd dat de curator als onderdeel van de afhandeling van het faillissement dient te rapporteren over signalen van fraude en de wijze waarop hij hiernaar onderzoek heeft gedaan. De curator kan in geval hij onderzoek wil doen met het doel boedelvermogen terug te halen of bestuurders aansprakelijk te stellen, thans reeds

aanspraak maken op verschillende regelingen (ingesteld door het Ministerie van Veiligheid en Justitie en door het Ministerie van Financiën) voor garantstelling of een tegemoetkoming in de kosten voor het doen van aangifte. Over de toepassing van de Garantstellingsregeling zal overleg met Insolad en Recofa worden gevoerd met het oog op de implementatie van de faillissementswetgeving en het inzichtelijk krijgen van mogelijke financieringsbehoeften die niet gedekt kunnen worden door een beroep op de bestaande garantieregelingen. Tot slot mag ervan uit worden gegaan dat een adequate opvolging van signalen van faillissementsfraude curatoren zal aanmoedigen om signalen te delen; zij kunnen immers ook positieve effecten voor de afwikkeling van de boedel verwachten, als onderzoek van politie en FIOD leidt tot het achterhalen van delen van de boedel die waren onttrokken aan het faillissement.

3. Algemene uitgangspunten

De leden van de VVD-fractie merkten op dat in de memorie van toelichting onder meer wordt gesproken over de Duitse wetgeving inzake faillissementsfraude die voor een deel ter inspiratie van het wetsvoorstel heeft gediend. Zij vroegen daar nader op in te gaan. De Duitse strafbaarstellingen van faillissementsfraude (par. 283, 283a StGB) kenmerken zich qua toepassingsbereik door een drieslag: ze zijn van toepassing op situaties van «Uberschuldung» en «drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit» (een te grote schuldenlast aangaan, dreigende betalingsonmacht, en ingetreden betalingsonmacht). Het intreden van het faillissement is geen voorwaarde om van een strafbaar feit sprake te doen zijn; een vereiste waaraan in dit wetsvoorstel – met uitzondering van de strafbaarstelling opgenomen in artikel 347 Sr (die overigens de steun genoot van de aan het woord zijnde leden van de VVD-fractie) – wel wordt vastgehouden. Een ander kenmerk van de Duitse strafwetgeving is dat zij handelingen strafbaar stelt op grond van onbehoorlijk ondernemerschap, waarmee de strafbepalingen zich ook duidelijk richten op de wijze waarop een onderneming of rechtspersoon is bestuurd. Dit aspect is ook in de voorgestelde strafbepalingen van de artikelen 342 en 343 Sr gemarkeerd. Daarbij is wel de keuze gemaakt om aan te sluiten bij de bestaande jurisprudentie met betrekking tot laakbaar en strafwaardig handelen, in de wettekst voornamelijk tot uitdrukking gebracht met het begrip «buitensporig handelen» (in de zin van «volstrekt onredelijk»). Verder bevat de Duitse strafwetgeving een zelfstandige strafbaarstelling van overtreding van de administratieplicht (par. 283b StGB). Met dit wetsvoorstel wordt daarin ook in het Nederlandse recht voorzien, waarbij net als in de Duitse wetgeving een onderscheid wordt gemaakt tussen een opzettelijke variant (maximaal 2 jaar gevangenisstraf) en een schuldvariant (maximaal 1 jaar gevangenisstraf). Opmerking verdient ten slotte dat de gekozen strafmaxima overeenkomen met de in Duitsland geldende maximumstraffen voor overtreding van de administratieplicht.

Het antwoord op de volgende vraag van deze leden, naar de ervaringen met de Duitse strafwetgeving en meer in het bijzonder of na invoering ervan in 1976 faillissementsfraude minder voorkomt of dat het plegen van faillissementsfraude vaker in een vroeg stadium kan worden opgespoord en daardoor schade wordt voorkomen, moet ik helaas schuldig blijven. Een antwoord op deze vraag zou alleen mogelijk zijn aan de hand van een omvattend onderzoek naar het Duitse faillissementsrecht en de strafrechtelijke aanpak van faillissementsfraude, waarover ik niet de beschikking heb. Uit enig onderzoek waarover ik wel beschik (K. Liebl, «Bankrott» der Strafverfolgung bei Insolvenzkriminalität?, Kriminalistik 2011, nr. 5, blz. 297–307 en nr. 6, p. 380–384), kunnen met een slag om de arm enkele aspecten van de Duitse praktijk – van aantal jaren geleden – worden afgeleid. Allereerst worden in Duitsland relatief veel faillissementen

(summier) op vermoedelijke faillissementsfraude onderzocht, omdat onder andere de vaststelling van een boedeltekort leidt tot een administratieve mededeling aan de Duitse Staatsanwaltschaft. Verder zijn er onderling grote verschillen in de aantallen onderzochte zaken in de Duitse deelstaten, die niet te verklaren vallen op grond van enkel de verschillen tussen de aantallen in de desbetreffende deelstaten uitgesproken faillissementen. Dat duidt dus op een afwijkende handhavingspraktijk in die deelstaten. Met betrekking tot die handhavingspraktijk wordt een bepalende invloed toegeschreven aan de beschikbaarheid van voldoende capaciteit voor opsporing en vervolging en aan prioriteitstelling. Verder kunnen deskundigheid en ervaring, evenals de beschikbaarheid van richtsnoeren voor onderzoek naar faillissementsfraude worden aangemerkt als kritische succesfactoren bij het streven naar een efficiënte bestrijding van faillissementsfraude.

Ik kan de leden van de VVD-fractie bevestigen dat in het wetsvoorstel de wettelijke terminologie indien mogelijk wordt gehandhaafd. Uiteraard geldt dit enkel voor onderdelen van de strafbaarstellingen die niet in het kader van de doelstelling van vereenvoudiging en verbetering dienen te worden gewijzigd. Voor het overige is het echter aangewezen om de wettelijke terminologie te handhaven en niet onnodig te voorzien in volledige herschrijving van de fraudebepalingen: immers is gegeven de lange bestaansgeschiedenis nagenoeg voor elk bestanddeel van de desbetreffende misdrijven een jurisprudentiële uitleg voorhanden. Een volledige nieuwe redactie zou de praktijk in dat opzicht confronteren met onzekerheid en terugwerpen in de tijd.

De leden van de CDA-fractie stelden ook enkele vragen over het opzetverband dat is gekozen voor de nieuwe strafbaarstellingen van de artikelen 341, 343 en 344 Sr. Bij de formulering van het opzetverband is – zoals deze leden terecht stelden – rekening gehouden met de uitspraken van de Hoge Raad (HR 9 februari 2010, LJN BI4691 en HR 16 februari 2010, LJN BK4797) waarin hij tot de conclusie komt dat voor dit opzetverband voorwaardelijk opzet van de dader op benadeling van schuldeisers volstaat. Voordien was onder andere door prof. Keulen een andere oplossing bepleit (zie B.F. Keulen, Bankbreuk; ons strafrechtelijk faillissementsrecht (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1990, p.86).
De stelling dat de faillissementsartikelen door voorwaardelijk opzet als voldoende aan te nemen voor het vereiste opzet van de dader zogenaamde intentiedelicten lijken te worden – de leden van de CDA-fractie hielden het kabinet dit voor – onderschrijf ik niet. Immers is, in afwijking van de huidige wetgeving en de uitleg die de Hoge Raad daaraan in de genoemde arresten heeft gegeven, ervoor gekozen om wel (op enig moment) daadwerkelijke benadeling te vereisen. Overigens merk ik nog op dat prof. Keulen in een recent artikel tot een aantal voorstellen voor vormgeving van het opzetvereiste in de strafbaarstelling van faillissementsfraude komt. Ik meen dat de in dit wetsvoorstel gekozen wijze van bepaling van het opzetvereiste niet onverenigbaar is met die voorstellen (zie B.F. Keulen, Voorwaardelijk opzet als algemene ondergrens van opzet?, in J.W. Fokkens e.a., Ad hunc modum; opstellen over materieel strafrecht – liber amicorum A.J. Machielse, Kluwer, Deventer 2013, p. 190). Ik hoop met deze uiteenzetting ook de vraag van deze leden te hebben beantwoord waarom niet wordt vastgehouden aan de lijn dat rechten van schuldeisers niet daadwerkelijk gekort hoeven te zijn. Het opzetvereiste waarvoor voorwaardelijk opzet volstaat wordt in de in het wetsvoorstel voorgestelde strafbaarstelling aangevuld door het vereiste van benadeling. Ik zie niet in op welke wijze dit zou afdoen aan de preventieve werking van de faillissementsmisdrijven. Deze feiten gaan vrijwel per definitie gepaard met benadeling van schuldeisers; daadwerkelijk minder risico op strafrechtelijk aansprakelijkheid zullen potentiële

plegers daarom door dit aanvullende vereiste niet snel lopen. De verwachting is ook zeker niet – zo beantwoord ik de vraag die de leden van de PVV-fractie in dit verband nog hadden – dat de strafbepalingen hierdoor minder vaak zullen worden toegepast.

4. De inlichtingenplicht en de administratieve verplichtingen

4.1 Inleiding

De leden van de VVD-fractie wezen op de verhouding van de inlichtingenplicht en het verbod op zelfincriminatie (nemo tenetur) en vroegen de regering in dit kader nader te reflecteren op het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ3640) en de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 25 februari 2014 (ECLI:NL:GHAMS:2014:498). De aangehaalde uitspraken hebben beide betrekking op het (i.c. door de Belastingdienst) vorderen van informatie, terwijl op het niet-verstrekken van die informatie een sanctie is gesteld. In beide uitspraken wordt in dezen een onderscheid gemaakt tussen zogenoemde wilsafhankelijke en wilsonafhankelijke informatie. In de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam werden inlichtingen over in het buitenland aangehouden bankrekeningen aangemerkt als wilsafhankelijke informatie. Daaraan verbond het Hof de consequentie dat die informatie niet kan worden gebruikt in het kader van oplegging van een bestuurlijke boete of strafvervolging. Dit komt overeen met de ter zake door de Hoge Raad bepaalde lijn (Hoge Raad 24 januari 2014, NJ 2014, 70), die ook is vermeld in de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel.

Graag verduidelijk ik in de richting van de leden van de VVD-fractie dat zowel de inlichtingenplicht als de administratieplicht van essentieel belang zijn bij de bestrijding van faillissementsfraude. De inlichtingenplicht is een belangrijk middel voor de curator om zijn taak van afhandeling van het faillissement uit te kunnen voeren. Hij zal moeten reconstrueren waar de activa van de onderneming zich bevinden en wat de nog openstaande vorderingen en schulden van de onderneming zijn. Daartoe zal hij informatie van de failliet en van anderen nodig hebben. Ook de administratieplicht is in dat opzicht cruciaal: de (volledige) administratie van de failliet is de principale bron van kennis over de positie van de failliet. Omdat het voldoen aan de inlichtingenplicht jegens de curator en de administratieplicht daarbij essentieel is, worden deze verplichtingen kracht bijgezet door het stellen van sancties op niet-naleving. Handhaving van de inlichtingenplicht en de administratieplicht zal in eerste instantie geschieden door de curator. Wanneer hij vaststelt dat hij geen antwoord op zijn vragen krijgt, staan hem enkele bevoegdheden ter beschikking om naleving af te dwingen: in het uiterste geval kan hij de gijzeling vorderen van degene op wie de inlichtingenplicht rust (artikel 87 Fw). Ook kan de curator besluiten aangifte te doen van overtreding van de inlichtingenplicht of administratieplicht. Ik kan mij niet aansluiten bij de door deze leden aangehaalde kritiek als zou bij overtreding van de verplichtingen het kwaad al zijn geschied en derhalve de preventieve werking van sanctionering van overtreding van deze verplichtingen minimaal zijn. Het gegeven dat het niet-voldoen aan de inlichtingenplicht of de administratieplicht een strafbaar feit oplevert, betekent dat degene die de wettelijke norm overtreedt daadwerkelijk een sanctie tegemoet kan zien. Daarvan gaat hoe dan ook een preventieve werking uit. Bovendien is met de vaststelling dat met de administratie is gerommeld de kous bepaald niet af; in voorkomende gevallen levert dat ook een vermoeden van fraude op rond het faillissement, waarop verder zal worden gerechercheerd.

4.2 De inlichtingenplicht

De leden van de CDA-fractie vroegen waarom de regering niet ervoor heeft gekozen de strafbedreiging van artikel 194 Sr te verhogen dan wel dit artikel afzonderlijk op te nemen in artikel 67 Wetboek van Strafvordering (Sv), op basis waarvan voorlopige hechtenis mogelijk wordt. In de voorbereiding van het wetsvoorstel is de hoogte van de voor de faillissementsmisdrijven geldende maximumstraffen tegen het licht gehouden; daarbij ook rekening houdend met de verschillende functies van de maximumstraf in ons wettelijk stelsel. Dit heeft op enkele punten geleid tot aanpassing. Met betrekking tot de straf voorzien voor overtreding van de inlichtingenplicht van artikel 194 Sr, is niet van wenselijkheid tot verhoging gebleken. Artikel 194 Sr behelst een in beginsel eenvoudig misdrijf, waarvan reeds sprake is bij het geven van een onjuist antwoord op een vraag van de curator. De overtreding van de inlichtingenplicht vormt daarmee niet een dermate ernstige inbreuk op de rechtsorde dat een hogere strafbedreiging is gerechtvaardigd. Het zelfstandig aanmerken van een misdrijf als misdrijf waarvoor toepassing van voorlopige hechtenis mogelijk is, geschiedt doorgaans omdat het voor efficiënte opsporing en vervolging van de desbetreffende gedraging van cruciaal belang is om te kunnen beschikken over bijzondere opsporingsbevoegdheden of dwangmiddelen die enkel kunnen worden toegepast bij een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis kan worden toegepast. Een overtreding van de inlichtingenplicht kan echter doorgaans zonder toepassing van genoemde bevoegdheden worden vastgesteld.

4.3 De administratieplicht en bewaarplicht

De veronderstelling van de leden van de SP-fractie dat het aanleveren van een incomplete administratie door de gefailleerde alleen tot strafvervolging kan leiden indien aanwijzingen bestaan dat informatie wordt achtergehouden om faillissementsfraude te verbloemen, is niet juist. Zoals deze leden opmerkten zal een onvolledige administratie vrijwel altijd nadelige gevolgen hebben voor de rechten van schuldeisers. En dat is voor de regering aanleiding geweest om geen nader vereiste wat betreft benadeling van schuldeisers op te nemen. De beslissing om te vervolgen wegens overtreding van het voorgestelde artikel 344a Sr is net als bij alle andere strafbare feiten voorbehouden aan het openbaar ministerie. Het openbaar ministerie neemt deze vervolgingsbeslissing altijd op basis van het opportuniteitsbeginsel, neergelegd in artikel 167 Sv. Daarbij zal het openbaar ministerie alle relevante informatie betrekken – zowel in de zin van wettelijk bewijs, als ten aanzien van overige aspecten van het feit en de dader. Uiteraard zal daarvoor de inzet van onderzoekscapaciteit nodig zijn.

De leden van de CDA-fractie deelden de opvatting van de regering dat het niet naleven van de administratieve verplichtingen zeer nadelig kan zijn voor de adequate afhandeling van een faillissement. Zij vroegen waarom in het voorgestelde artikel 344a, eerste lid, onderdeel 1°, en tweede lid, onderdeel 1°, en derde lid, onderdeel 1°, Sr telkens het bestanddeel «bemoeilijking van de afhandeling» ontbreekt, dat wel is opgenomen in de onderdelen 2° van de genoemde artikelleden.
Graag verduidelijk ik de reden voor het verschil in de betreffende delictsomschrijvingen. De achterliggende gedachte is dat het niet verstrekken van de gevoerde en bewaarde administratie aan de curator altijd de afhandeling bemoeilijkt, en daarmee ook aanleiding geeft voor strafbaarstelling – op grond van artikel 344a, eerste lid, onderdeel 1°, en tweede lid, onderdeel 1°, en derde lid, onderdeel 1° Sr. Daarentegen is in geval van mankementen bij het voeren of bewaren van de administratie een nadere overweging met betrekking tot de nadelige gevolgen voor de

afhandeling van het faillissement op haar plaats: het is immers denkbaar dat het slechts kleine onzorgvuldigheden of omissies betreft die geen nadelige gevolgen hebben voor de werkzaamheden van de curator in het kader van de afhandeling van het faillissement. Het geeft geen pas om deze dan toch strafbaar te stellen in het licht van de bestrijding van faillissementsfraude: met opneming van het bestanddeel «bemoeilijking van de afhandeling» in artikel 344a, eerste lid, onderdeel 2°, Sr wordt gewaarborgd dat de strafwet zich enkel uitstrekt over gedragingen die in het kader van de afhandeling van het faillissement laakbaar zijn.
De aan het woord zijnde leden van de CDA-fractie merkten nog op dat het in hun ogen meer voor de hand zou hebben gelegen de strafbaarstelling van overtreding van de administratieplicht op te nemen in de buurt van artikel 194 Sr in plaats van op te nemen in de Titel inzake benadeling schuldeisers of rechthebbenden. Ik zou deze leden willen antwoorden dat ik vooral ook reden zie om te kiezen voor plaatsing in laatstgenoemde genoemde Titel, omdat het motief voor strafbaarstelling van overtreding van de administratieplicht in geval van faillissement als primair doel heeft faillissementsfraude te bestrijden, met als beschermd belang de rechten van schuldeisers en rechthebbenden.
Deze leden vestigden voorts de aandacht op de relatie tussen artikel 344a Sr en de bepaling van misdrijven die een geval voor toepassing van voorlopige hechtenis geven in artikel 67 Sv. Er is voor gekozen om het misdrijf van artikel 344a Sr dat op grond van de maximumstraf niet kwalificeert als misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegestaan, toch apart als een zodanig misdrijf aan te merken. Dit is om meerdere redenen gewenst, waarvan de belangrijkste zijn het kunnen toepassen van bijzondere opsporingsbevoegdheden in verband met onderzoek naar de overtreding van de administratieplicht en het kunnen horen van de verdachte daaromtrent. Voor de genoemde toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden alsook het horen van een verdachte (in het kader van inverzekeringstelling) is als voorwaarde vereist dat sprake is van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegestaan. Toepassing van voorlopige hechtenis zelf kan alleen aan de orde zijn in geval van bijzondere omstandigheden: daartoe is een bevel van de rechter-commissaris vereist, dat alleen kan worden gegeven indien er ernstige bezwaren bestaan tegen de verdachte, er een grond voor toepassing van voorlopige hechtenis aanwezig is en tevens wordt voldaan aan het anticipatiegebod (zie artikel 67a Sv). Daarmee moge duidelijk zijn dat ik de leden van de CDA-fractie zonder meer kan bevestigen dat het enkele bericht van een curator dat hij gehinderd wordt niet ertoe kan leiden dat een failliete ondernemer in voorlopige hechtenis wordt genomen. Een aanwijzing van het openbaar ministerie lijkt in dat verband ook niet nodig.

Deze leden vroegen in dit kader of het begrip «terstond» van nadere uitleg zou moeten worden voorzien, omdat de meningen over de betekenis daarvan in de praktijk zouden kunnen verschillen. De term «terstond» zal moeten worden uitgelegd als onverwijld, zo snel als redelijkerwijze mogelijk is. Na intreden van het faillissement wordt de curator wettelijk beheerder van de boedel van de failliet. Dit betekent dat hij onmiddellijk de administratie van de gefailleerde onder zich dient te nemen (artikel 92 Fw). De curator kan deze verplichting alleen effectueren, door uiteraard passende bevoegdheden te hebben om de administratie te vorderen, waaraan in het verlengde van de verplichting van artikel 92 Fw terstond gehoor zal moeten worden gegeven.

Naar mijn mening terecht vroegen de leden van de CDA-fractie aandacht voor het feit dat ook achter kleine onzorgvuldigheden in de administratie een vooropgezet frauduleus plan zou kunnen zitten. Zij gaven daarbij het voorbeeld van een failliet bedrijf, waar door nijpend geldgebrek geen recente update meer van de administratie had plaatsgevonden.

Veel hangt hier natuurlijk af van de omstandigheden van het geval. Van belang is dat op grond van artikel 344a, eerste lid, onderdeel 2°, Sr als voornaamste criteria voor strafbaarheid gelden dat opzettelijk niet conform de wettelijke verplichtingen administratie is gevoerd en dat daardoor de afhandeling van het faillissement wordt bemoeilijkt. Uitgaande van het door de leden genoemde frauduleus plan, zal het mogelijk gaan om kleine onzorgvuldigheden waardoor juist de afhandeling van het faillissement wordt bemoeilijkt. Wederom uitgaande van een frauduleus motief, zal de failliet ook niet eigener beweging de curator voorzien van informatie die de kleine onzorgvuldigheden compenseert en waardoor het gevolg van bemoeilijking van de afhandeling van het faillissement zou kunnen vervallen. Daarmee is de strafbaarstelling gewoon van toepassing. Van overtreding van de artikelen 344a en 344b Sr zal doorgaans de curator aangifte doen; maar aangifte door schuldeisers of ambtshalve vaststelling van overtreding door opsporingsdiensten is uiteraard ook mogelijk. In voorkomende gevallen zal nader onderzoek door politie of FIOD moeten uitwijzen of inderdaad sprake is van een misdrijf.

Aan de leden van de PVV-fractie wil ik antwoorden dat in de huidige faillissementsmisdrijven wel degelijk ook gedragingen zijn strafbaar gesteld met betrekking tot het niet-voeren of niet-afgeven van een administratie (vgl. de artikelen 340, onderdeel 3°, 341, onderdeel a, onder 4°, 342, onderdeel 3° en 343, onderdeel 4°). Maar om velerlei redenen valt een zelfstandige strafbaarstelling te verkiezen, waartoe dit wetsvoorstel de artikelen 344a en 344b Sr introduceert – zulks mede ter uitvoering van de motie-Helder c.s. (Kamerstukken II, 29 911, nr. 75). Het verheugt mij dat deze leden aangaven ook de behandeling van het wetsvoorstel inzake het instellen van een civielrechtelijk bestuursverbod met belangstelling tegemoet te zien.

4.4 Algemene strafbaarstelling administratieplicht in WED

De leden van de CDA-fractie vroegen naar de meerwaarde van artikel 344a, eerste lid, sub 1, tweede lid, sub 1, en derde lid, sub 1 Sr in het licht van de voorgenomen strafbaarstelling in de Wet op de economische delicten (WED).
Het is inderdaad zo – zoals deze leden suggereerden – dat het niet voldoen aan de administratieplicht (in de zin van het niet-administreren conform de op grond van het BW geldende eisen) ook vervolgd zou kunnen worden op grond van de eveneens in dit wetsvoorstel voorgestelde nieuwe strafbaarstelling in de WED. Hier valt de specifieke gedraging van het niet-overhandigen van de administratie aan de curator echter niet onder. Verder is het misdrijf van artikel 344a Sr naar zijn aard een zwaarder misdrijf dan het voorgestelde WED-delict: immers heeft het opzettelijk niet voldoen aan de administratieplicht in artikel 344a Sr het kwalijke gevolg dat de curator in zijn werkzaamheden wordt gehinderd – de afhandeling van het faillissement wordt bemoeilijkt. Dit element ontbreekt in de voorgestelde WED-strafbaarstelling en leidt ook ertoe dat in artikel 344a Sr een zwaardere maximumstraf is opgenomen.

5. Strafbaar handelen bij een faillissement van een natuurlijke persoon

De leden van de CDA-fractie vroegen aandacht voor de uitleg van het begrip buitensporig, dat zowel in de bestaande als in de voorgestelde nieuwe strafbaarstellingen van faillissementsfraude figureert. Zij citeerden ter onderbouwing van hun vraag uit het advies van de Raad van State bij de totstandkoming van artikel 340 Sr – in de tweede helft van de negentiende eeuw – en waarin werd aangespoord om het buitensporige karakter

van uitgaven niet zonder meer aan te nemen enkel omdat een faillissement was gevolgd. Deze leden vroegen de regering bevestiging dat door de koppeling van buitensporige uitgaven aan de benadeling van verhaalsmogelijkheden van schuldeisers, in tegenstelling tot het huidige artikel 340, onderdeel 1°, Sr, geen zorgen hoeven te bestaan over de destijds door de Raad van State benoemde billijkheid. Graag verduidelijk ik dat reeds onder de bestaande strafbaarstelling geen risico meer bestond op het zich voordoen van de onbillijke situatie die de Raad van State aan het einde van de negentiende eeuw vreesde. In de rechtspraak wordt buitensporig uitgelegd als «volstrekt onredelijk» (vgl. bijvoorbeeld Hoge Raad van 13 december 2011, NJ 2012, 9). Deze uitleg van het begrip heb ik ook centraal gesteld in de uitleg van de term buitensporig in de strafbaarstellingen opgenomen in dit wetsvoorstel.

De leden van de CDA-fractie verwezen ten aanzien van artikel 341 Sr naar hun eerdere vragen over de nieuwe jurisprudentielijn die in 2010 is ingezet. Voor een reactie verwijs ik deze leden graag naar het antwoord dat ik hierboven heb gegeven bij uitleg van de keuze voor het tot uitdrukking brengen van het opzetverband en het vereiste gevolg in de voorgestelde strafbaarstellingen van de artikelen 341 en 343 Sr.

6. Strafbaarstelling van laakbaar handelen onafhankelijk van faillissement

De leden van de VVD-fractie oordeelden positief over de voorgestelde strafbaarstelling van laakbaar handelen onafhankelijk van een formeel faillissement. Ik kan deze leden bevestigen dat deze strafbaarstelling niet ziet op gedragingen die weliswaar risicovol zijn, maar die in het handelsverkeer of sectoren van onze economie niet als onredelijk worden beschouwd.

De leden van de PvdA-fractie vroegen of het wetsvoorstel ook in geval van een ongepast gebruik van de mogelijkheden van het flitsfaillissement een bijdrage kan leveren. Ook de leden van de SP-fractie stelden deze vraag. De voorgestelde strafbaarstelling van laakbaar handelen onafhankelijk van of voorafgaand aan een faillissement, waarop deze leden in dit verband wezen, is niet primair gericht op het specifiek voorkomen van dergelijke gedragingen, maar kan daarop onder omstandigheden van toepassing zijn; namelijk in een geval waarin wordt voldaan aan de bestanddelen opgenomen in de delictsomschrijving van artikel 347(nieuw) Sr. Er zal sprake moeten zijn van een in het kader van een gezonde bedrijfsvoering abnormale (in de zin van volstrekt onredelijke) handeling die het voortbestaan van de onderneming in gevaar brengt. Het invullen van deze bestanddelen – aan de hand van de feiten en omstandigheden van het concrete geval – zal ook bepalend zijn voor beantwoording van de vraag waar in geval van een ingrijpende herstructureringsoperatie eventueel de grens van het toelaatbare wordt overschreden. Hetzelfde beoordelingskader zal moeten worden gehanteerd als het daadwerkelijk tot een faillissement komt en dientengevolge de strafbaarstellingen van de artikelen 341 of 343 Sr van toepassing kunnen zijn.

De aan het woord zijnde leden merkten op dat het motief van persoonlijke verrijking in een situatie waarop de delictsomschrijving van artikel 347 Sr van toepassing is, een hoger strafmaximum rechtvaardigt. De grondslag voor het aanscherpen van de strafbaarstellingen van faillissementsfraude, zoals deze wordt bewerkstelligd in dit wetsvoorstel, is mede ingegeven door veranderde inzichten in de strafwaardigheid van faillissementsfraude, vooral ten aanzien van de maatschappelijke schade die faillissementen opleveren. In de memorie van toelichting zijn in dat verband de schade voor werknemers, consumenten en overheid op gelijke voet

gesteld met het van oorsprong door de strafbepalingen beschermde rechtsgoed: het voorkomen en bestraffen van benadeling van schuldeisers. Ik zie in dit verband geen reden over te gaan tot een nadere uitsplitsing van de verschillende motieven en maatschappelijke gevolgen die verband houden met een (bijna) faillissement. De strafverhoging die in het kader van artikel 347, tweede lid, Sr is voorzien, is gebaseerd op de gedachte dat de door wanbeleid aangerichte maatschappelijke schade extra kwalijk is als deze voortkomt uit het opzet van de dader om zichzelf te bevoordelen.

De leden van de CDA-fractie kan ik antwoorden dat de strafbaarstelling van artikel 347 Sr net als de andere faillissementsfraudebepalingen de situatie van benadeling wil voorkomen, hetgeen mede tot uitdrukking komt door plaatsing in de Titel met betrekking tot benadeling van schuldeisers en rechthebbenden. Het is niet zo – wil ik graag verduidelijken naar aanleiding van een volgende vraag van deze leden – dat artikel 347 Sr nooit toepassing zou kunnen vinden op herstructureringsoperaties. Uitgangspunt is, zoals ook benadrukt in mijn hierboven gegeven antwoord op vragen van de leden van de fracties van de PvdA en de SP inzake flitsfaillissementen, de vraag of aan de bestanddelen van de voorgestelde strafbaarstelling wordt voldaan. Daarvan zal sprake zijn als de herstructureringsoperatie een uit het oogpunt van goed ondernemerschap onverklaarbare handeling inhoudt. Dat zal in normale gevallen niet snel het geval zijn. Gaat een herstructureringsoperatie echter gepaard met oneigenlijk handelen of wordt deze gebruikt om (eerdere) frauduleuze handelingen te camoufleren, dan ligt de situatie – op grond van hetzelfde criterium – uiteraard anders. Ook komen dan mogelijk andere strafbepalingen in zicht, zoals overtreding van de inlichtingenplicht aan de curator (artikel 194 Sr).

Voornoemde leden merkten op dat de regering aangeeft dat bij het duiden van ernstig nadeel geen uitputtende berekeningen behoeven te worden gemaakt van de solvabiliteit en de liquiditeit van een onderneming, maar dat een waarneming van buitensporig verbruik van middelen waardoor het bedrijf in gevaar is gekomen voldoende wordt geacht. Graag verduidelijk ik deze leden dat deze maatstaf mij verantwoord lijkt door de nadere precisering – en inperking – van de strafbepaling zoals die heeft plaatsgevonden naar aanleiding van de ontvangen consultatieadviezen. Het ernstige nadeel moet tot uitdrukking komen in het feit dat het voortbestaan van de rechtspersoon in gevaar komt. Het gevaar voor de continuïteit kan worden vastgesteld aan de hand van concrete handelingen, bijvoorbeeld het inzetten van een reddingsoperatie door banken, een ingrijpende herstructurering van de onderneming of het gegeven dat de overheid of waarborgfonds moet bijspringen om een faillissement te voorkomen.
Het door de leden van de CDA-fractie gevraagde voorbeeld van een situatie – zij noemden een «kick back-constructie» – waarbij artikel 347 Sr toepassing zou kunnen vinden, zou als volgt kunnen luiden. Een bestuurder van een onderneming verbindt die onderneming om gedurende langere tijd voor een astronomisch bedrag via een detacheringsbureau een aantal externe medewerkers in te huren, waarvan de noodzaak in het kader van de normale bedrijfsvoering niet duidelijk is. De onderneming kan dit op den duur niet meer dragen en dreigt onder de ontstane schuldenlast te bezwijken; de banken moeten ingrijpen om een faillissement te voorkomen en geven samen met de onderneming vorm aan een herstructureringsoperatie, waarbij het inhuren van de externe medewerkers onmiddellijk wordt gestopt. Na onderzoek blijkt dat de bestuurder die verantwoordelijk was voor het inhuren van deze externe medewerkers gedurende jaren een aanzienlijk percentage van het bedrag dat werd betaald aan het detacheringsbureau, terug gestort heeft

gekregen op zijn privérekening. Essentiële punten voor de toepasselijkheid van artikel 347, tweede lid, nieuw Sr komen in deze casus voor: het buitensporig middelen van de rechtspersoon hebben uitgegeven, ernstig nadeel waarbij het voortbestaan van de onderneming in gevaar komt en het oogmerk van zelfverrijking.

Tot slot kan ik deze leden antwoorden dat de opmerkingen die de Raad voor de rechtspraak en het College van procureurs-generaal, die beide als strekking hadden dat gewaakt moest worden voor een toestroom van aangiften wegens overtreding van het nieuwe artikel 347 Sr, ter harte zijn genomen. Zij hebben aanleiding gegeven om de delictsomschrijving zoals die was opgenomen in het voorontwerp van dit wetsvoorstel waarop beide adviesorganen hun adviezen baseerden, aan te scherpen. Als aanvullend vereiste is daarom in de delictsomschrijving opgenomen dat het niet slechts gaat om gepleegde handelingen die ernstig nadeel opleveren, maar dat ook het voortbestaan van de rechtspersoon in gevaar dient te komen. Daarmee is de strafbepaling beperkt tot de meest ernstige gevallen van frauduleus handelen, die aanleiding moeten kunnen geven voor strafrechtelijke handhaving.

II ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

De leden van de SP-fractie, die hierover een vraag stelden, kan ik melden dat in het kader van de herziening van het strafrechtelijke faillissementsrecht met het oog op een effectieve opsporing en vervolging van fraude, tot dusver niet is gebleken van de wenselijkheid om artikel 345 Sr dat handelt over het sluipakkoord, te herzien.

Artikel I

Onderdeel A

De leden van de PvdA-fractie wezen erop dat het oproepingsvereiste in de delictsomschrijving van artikel 194 Sr komt te vervallen. Dit is het gevolg van het voorstel voor een nieuwe opzet van het artikel waarbij een nauwere aansluiting wordt gezocht bij de verplichtingen tot het verschaffen van inlichtingen die zijn opgenomen in de Faillissementswet, of die op grond van vaste rechtspraak van kracht zijn. Die verplichtingen zijn van kracht in verschillende vorm en kunnen ook schriftelijke verzoeken om informatie betreffen, zonder dat de failliet of derde ergens behoeft te verschijnen. Ook wordt in een aantal gevallen van de failliet verwacht dat hij uit eigen beweging informatie verschaft (zie bijvoorbeeld Hoge Raad 15 januari 2002, NJ 2002, 259).

De leden van de SP-fractie vroegen aandacht voor het feit dat het vernummerde vierde lid van artikel 194 Sr ongewijzigd blijft, maar dat dit alleen verwijst naar strafbare feiten uit het eerste lid van dit artikel inzake faillissement. Ook thans is er geen mogelijkheid tot oplegging van een beroepsverbod aan degene op wie een schuldsaneringsregeling van toepassing is verklaard. Er zijn mij geen signalen bekend uit de praktijk die aanleiding geven om in deze situatie verandering te brengen.

Onderdeel B

De leden van de VVD-fractie vroegen mij nader toe te lichten waarom in de delictsomschrijving van de voorgestelde artikelen 341, 343 en 344, alle onderdeel 1°, Sr de term wederrechtelijk niet is opgenomen ten aanzien van de strafbaar gestelde gedraging van «onttrekking van goederen aan de boedel». De leden van de PvdA-fractie stelden een gelijkluidende vraag. Graag verklaar ik dit nader. In het faillissementsrecht is bevoor-

deling van schuldeisers in de aanloop van een faillissement onder bepaalde omstandigheden niet onrechtmatig. Dit moet tot uitdrukking komen in de strafrechtelijke norm, die uiteraard de faillissementsrechtelijke norm dient te weerspiegelen. Dit geschiedt door gebruik van de term «wederrechtelijk», waarmee de strafbaarheid wordt beperkt tot die gevallen waarin de bevoordeling op grond van de Faillissementswet onrechtmatig is. Bij onttrekking van goederen aan de boedel is een dergelijk onderscheid niet aan de orde. Het begrip «onttrekken» betreft in het faillissementsrecht altijd onrechtmatig handelen: de wederrechtelijkheid van de gedraging ligt reeds in de gedraging besloten. De Hoge Raad is tot de volgende definitie van onttrekken gekomen: gedragingen waardoor een of meer vermogensbestanddelen van de schuldenaar die rechtens onder het bereik en beheer van de curator in het faillissement behoorde(n) te komen, bij voorbaat (i.e. vóór faillissement) buiten het bereik en beheer van de te benoemen curator worden gesteld of tijdens het faillissement buiten het bereik van beheer van de curator worden gebracht of gehouden (Hoge Raad 6 april 1903, W 7916 en Hoge Raad 26 februari 2008, NJ 2008, 148). Daarom behoeft in de strafbaarstelling die is geënt op de faillissementsrechtelijke norm geen nader onderscheid te worden gemaakt.

De leden van de VVD-fractie vroegen om een nadere uitleg over het opnemen van «terstond» in artikel 344a Sr ter bepaling van de tijdspanne waarin de administratie in geval van een faillissement moet worden overdragen aan de curator. De leden van de PvdA-fractie stelden eenzelfde vraag.
De term «terstond» moet, zoals ik hierboven heb vermeld in antwoord op een vraag van de leden van de CDA-fractie, worden uitgelegd als onverwijld, zo snel als redelijkerwijze mogelijk is. Na intreden van het faillissement wordt de curator wettelijk beheerder van de boedel van de failliet. Dit betekent dat hij onmiddellijk de administratie van de failliet onder zich dient te nemen (artikel 92 Fw). De curator kan deze verplichting alleen effectueren, door uiteraard een passende bevoegdheid te hebben om de administratie te vorderen, waaraan in het verlengde van de verplichting van artikel 92 Fw terstond gehoor zal moeten worden gegeven. Dat kan ook omdat het eenvoudigweg om het afdragen van de administratie gaat, zonder dat van de failliet verdere handelingen worden verlangd. Ten slotte stemt de keuze voor «terstond» ook overeen met de nieuwe bepaling die ter zake van het vorderen van de administratie door de curator is neergelegd in het concept-wetsvoorstel versterking positie curator en die met artikel 344a Sr kracht wordt bijgezet.

Artikel 340 Sr bevat – zoals de leden van de PvdA-fractie opmerkten, geen strafbaarstelling van buitensporige uitgaven voorafgaand aan toepassing van de wet schuldsanering voor natuurlijke personen. De reden hiervoor is dat artikel 288, eerste lid, onderdeel b, Fw als voorwaarde voor toepassing van de schuldsaneringsregeling stelt dat de schuldenaar in een periode van vijf jaren voorafgaand aan de eventuele toepassing van de schuldsaneringsregeling te goeder trouw is geweest ten aanzien van het laten ontstaan van schulden. In geval van buitensporige uitgaven is toepassing van de schuldsaneringsregeling dus uitgesloten.

De aan het woord zijnde leden leidden uit het voorgestelde artikel 344a Sr af, dat iedere bestuurder en commissaris in staat zou moeten zijn om de administratie van de rechtspersoon te verstrekken. Deze veronderstelling geeft mij aanleiding om dit artikel van nadere uitleg te voorzien. Naar mijn mening moet onderscheid worden gemaakt tussen een (te) feitelijke interpretatie van deze bepaling (die niet bedoeld is) en een juridische interpretatie. Een te feitelijke interpretatie zou erop neerkomen dat iedere bestuurder op elk moment de administratie van een onderneming zou

moeten kunnen overhandigen. Dat strookt niet met de praktijk, waarin de administratie van een onderneming wordt gedaan door een interne afdeling of extern bureau, onder directe leiding van een van de bestuurders (in de functie van penningmeester van het bestuur of CFO). Artikel 344a Sr wil in dit verband uitdrukken dat de bestuurders wel allemaal juridisch verantwoordelijk zijn voor uitvoering van de administratieplicht, en in dat kader zich ervan dienen te verzekeren dat de administratie in het onverhoopte geval van een faillissement altijd terstond kan worden overhandigd aan de curator.

De leden van de SP-fractie stonden positief tegenover de voorgestelde uitbreiding van het opzetverband in de artikelen 341, 343 en 344 Sr. Zij vroegen of voor strafbaarheid altijd sprake moet zijn van benadeling van schuldeisers. Onder verwijzing naar mijn antwoord op gelijksoortige vragen van leden van de CDA-fractie wil ik nogmaals benadrukken dat benadeling van schuldeiser(s) op enig moment is vereist, hetgeen bij intreden van een faillissement bijna altijd per definitie het geval is.
De leden van de SP-fractie vroegen het kabinet welke knelpunten het ontbreken van een duidelijk onderscheid in de huidige wetgeving tussen de strafbaarstelling van enerzijds delicten gepleegd in het kader van het faillissement van een natuurlijk persoon en anderzijds delicten gepleegd in verband met het faillissement van een rechtspersoon tot gevolg heeft. In het antwoord op deze vraag wil ik erop wijzen dat deze vernieuwing niet zozeer door ervaren knelpunten is ingegeven, alswel door de overtuiging dat daarmee wordt voorzien in een duidelijkere normstelling die nadrukkelijk ook opzettelijk wanbeleid als oorzaak van het faillissement strafbaar stelt. Immers is de afgelopen jaren het inzicht ontstaan dat ook wanbeleid op laakbare wijze tot een faillissement kan leiden en daarmee strafwaardig gedrag behelst.

De vraag van de leden van de SP-fractie of bij de beoordeling van de vraag of uitgaven buitensporig zijn in de zin van het voorgestelde artikel 342 Sr dient te worden uitgegaan van het moment waarop de desbetreffende handeling werd verricht, kan ik bevestigend beantwoorden. Als criterium voor bepaling of een handeling buitensporig is, en daarmee voor beoordeling van de strafbaarheid van de gedraging, geldt de volstrekte onredelijkheid van de handeling. De Hoge Raad heeft dit criterium nader uitgelegd als «uitgaven die hetzij niet met inkomsten in verhouding hebben gestaan, hetzij bij verminderde inkomsten onnodig groot gehouden of vermeerderd zijn» (Hoge Raad van 13 december 2011, NJ 2012, 9). In de praktijk zal de beoordeling van eventuele strafbaarheid van dergelijk handelen – door de officier van justitie in het kader van zijn beslissing om strafrechtelijke vervolging in te stellen, en uiteindelijk door de rechter – sterk afhangen van de feiten en omstandigheden van het concrete geval. De wetgever heeft tot taak algemene grenzen te stellen die noodzakelijkerwijs enigszins abstract blijven. Binnen die grenzen moet de rechter de ruimte krijgen om invulling te geven aan de gekozen begrippen. Het komt mij dan ook weinig zinvol voor om met uitspraken waaraan ten onrechte een algemene betekenis zou kunnen worden toegedicht daarop vooruit te lopen. Dat geldt zeker ook voor de vraag die deze leden stelden over de casus van uitkering van bonussen voorafgaand aan het faillissement. Daarbij wil ik wel aantekenen, dat bij uitkering van bonussen gebaseerd op een rechtsgeldige overeenkomst die dateert voor het ontstaan van de financiële problemen van de onderneming geen sprake lijkt te zijn van «uitgaven die onnodig groot gehouden zijn».

Voorts vroegen de leden van de SP-fractie of de strafbaarstellingen uit artikel 344 Sr gezien moeten worden als lex specialis ten opzichte van deelneming aan de misdrijven uit de artikelen 341 en 343 Sr.

Er bestaat reden om onderscheid te maken in het strafrechtelijk verwijt dat enerzijds de frauderende natuurlijke persoon of bestuurder van een rechtspersoon kan worden gemaakt (op grond van de artikelen 341 en 343 Sr), en anderszins de derde die profijt trekt uit het faillissement (door onttrokken goederen in ontvangst te nemen) of voordeel geniet boven andere schuldeisers (artikel 344 Sr). Immers is de natuurlijke persoon of de bestuurder van de rechtspersoon degene die de verantwoordelijkheid draagt voor de nakoming van de schulden en de toestand van het verhaalsvermogen c.q. de continuïteit van zijn onderneming (en die verantwoordelijkheid door fraude te plegen met voeten treedt), terwijl de verdachte van het misdrijf van artikel 344 Sr weliswaar door fraude bijdraagt aan benadeling van de schuldeisers in het faillissement van de schuldenaar, maar een geringere verantwoordelijkheid draagt voor het verhaalsvermogen (de boedel) van de ander. Dit verschil vertaalt zich onder andere in een afwijkend strafmaximum: de maximumstraf voor de misdrijven van de artikelen 341 en 343 Sr bedraagt zes jaar gevangenisstraf, terwijl overtreding van artikel 344 Sr wordt bedreigd met vier en een half jaar gevangenisstraf.
Echter moet worden opgemerkt dat bijzondere gevallen denkbaar zijn, waarin ook voor de derde primair vervolging wegens artikel 341 of 343 Sr is aangewezen, met uitsluiting van toepassing van artikel 344 Sr. Dat zal niet aan de orde zijn bij vervolging wegens onttrekking van goederen aan de boedel, omdat het in de artikelen 341 en 343 Sr enerzijds, en artikel 344 Sr anderzijds, feitelijk gaat om een andere onttrekking: de onttrekking gepleegd door respectievelijk de gefailleerde of diens bestuurders, en de onttrekking gepleegd door een ander. Die laatste bepaling ziet immers op onttrekking van goederen aan de boedel door een derde (Hoge Raad 22 januari 1906, W 8329; Zie ook C.M. Hilverda, Faillissementsfraude, 3e druk, Kluwer, Deventer 2009, blz. 388–389). Een lex specialis-verhouding kan wel bestaan tussen de artikelen 341 en 343 Sr en artikel 344, eerste lid, onderdeel 2°, nieuw Sr. Het moet dan gaan om een zaak waarin de begunstigde (meestal een schuldeiser van de failliet) zich zodanig indringend bemoeit met de schuldenopbouw van de failliet onder gelijktijdige bevoordeling van zichzelf – bijvoorbeeld doordat hij wel zijn rekeningen betaald krijgt – en de samenwerking met de gefailleerde zodanig nauw en indringend is dat zijn strafrechtelijke verantwoordelijkheid niet beperkt is gebleven tot zijn rol als wederrechtelijk bevoordeelde ten koste van de schuldeisers van de gefailleerde. In die gevallen kan de begunstigde worden gezien als medepleger van de fraude door de failliet (vgl. Hoge Raad 23 november 1999, NJ 2000, 587).

Onderdeel C

De leden van de SP-fractie vroegen waarom de gekozen maximumstraf voor overtreding van artikel 344a Sr niet aansluit bij de strafmaat zoals bepaald in artikel 69, eerste lid, Algemene wet inzake rijksbelastingen (Awr).
De strafbaarstelling die figureert in artikel 69 Awr moet naar haar inhoud (en dus ook naar de toepasselijke strafbedreiging) duidelijk worden onderscheiden van de voorgestelde strafbaarstelling van artikel 344a Sr. Artikel 69, eerste lid, Awr stelt het niet-doen van aangifte strafbaar en stelt daarmee gelijk, het niet-verstrekken van administratie die de Belastingdienst nodig heeft teneinde de belastingplicht te kunnen vaststellen, indien dit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven. Met andere woorden: de hoge straf in artikel 69 Awr is vooral gebaseerd op het niet-betalen van belasting, en niet op het enkele feit van het niet verstrekken van de administratie. Dat dit het geval is blijkt ook uit het gegeven dat artikel 68, eerste lid, Awr het niet voldoen aan de administratieplicht afzonderlijk strafbaar stelt onder bedreiging van maximaal zes maanden hechtenis. De keuze voor het strafmaximum van twee jaar

gevangenisstraf voor het opzettelijk niet voldoen aan de administratieplicht in artikel 344a Sr is met deze systematiek in lijn. De grotere strafwaardigheid dan het eveneens in het wetsvoorstel voorgestelde WED-delict van niet-naleving van de administratieplicht wordt ingegeven door de ernst van het hinderen van de curator bij afhandeling van het faillissement. Het in verhouding lagere strafmaximum in vergelijking met het misdrijf van artikel 69 Awr laat zich zijn op zijn beurt verklaren doordat niet vereist wordt dat het niet voldoen aan de administratieplicht strekt tot benadeling van schuldeisers, en evenmin frauduleus handelen in de zin van de artikelen 341 en 343 Sr oplevert.

Onderdeel D

De leden van de SP-fractie gaven aan het een vooruitgang te vinden dat laakbaar handelen voorafgaand en dus eigenlijk onafhankelijk van het faillissement voortaan ook strafbaar zal zijn, dus ook wanneer een investeerder het bedrijf heeft moeten redden van de ondergang door laakbaar handelen van bijvoorbeeld het bestuur.
De vraag die zij in dit verband stelden over banken die door de overheid moeten worden gered (een nieuwe strafbaarstelling heeft uit de aard der zaak geen terugwerkende kracht) kan alleen in hypothetische zin bevestigend worden beantwoord. Daarbij geldt uiteraard het vereiste dat alle bestanddelen van de voorgestelde delictsomschrijving van artikel 347 Sr dienen te worden vervuld. Of er nog ruimte is voor het uitkeren van bonussen aan degenen die laakbaar hebben gehandeld, is een vraag die het strafrecht niet als zodanig beantwoordt; dergelijke uitgaven kunnen bijvoorbeeld strafbaar zijn als ze op hun beurt aan de vereisten van artikel 347 Sr voldoen. Ik verwijs in dit verband naar mijn antwoord op een eerdere vraag van deze leden. Daarbij ziet de eventuele strafbaarheid op degene die de bonus uitkeert en niet op degene die deze ontvangt.

De Minister van Veiligheid en Justitie,
G.A. van der Steur